

Doctrina



Delito intentado e idoneidad en el derecho español

Miguel Ángel Núñez Paz

SUMARIO: I. El problema de la idoneidad. II. La idoneidad de la acción en el derecho comparado (Italia). III. El derecho español. IV. Observaciones generales: 1. Inidoneidad y teorías objetivas. 2. Inidoneidad y teorías subjetivas. 3. Inidoneidad y teorías mixtas. 4. La posición del Código penal de 1995.

I. El problema de la idoneidad

Cuando se habla de tentativa inidónea parece que ha de partirse del término “tentativa”; pero la tentativa es ya un delito y, si se estima que la inidoneidad impone la imposibilidad de ejecución o de producción del delito —a que se refería el Código penal español derogado en 1995 (1973) en su artículo 52.2—, se puede entender en base a ello

cómo buena parte de la doctrina ha preferido utilizar la denominación “delito imposible”¹; si bien el término “imposible” asociado al término “delito” —como en el Código penal anterior— al de “tentativa”², tendría que hacer referencia a la imposibilidad de, no ya de carácter delictivo de la conducta, sino de la verificación del resultado pretendido³.

Se habla, por tanto, de tentativa inidónea o delito imposible cuando la consumación del delito

1. Así, y.g., GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, Fac. Derecho UC, Madrid, 1979, pág. 109; NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, págs. 2, 18, 57, 125 y 157; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 3.ª ed., Ed. Losada, Buenos Aires, 1977, VII, pág. 620; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte general*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 376, quienes utilizan ambos términos “tentativa inidónea”, “delito imposible”; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible y tentativa de delito*, ADPCP, 1971, págs. 369 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal, Parte general*, Trivium, Madrid, 1984, pág. 231; SUÁREZ MONTES, *El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADPCP, 1966, págs. 215 y ss. En contra, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 348; ídem. SOLA RECHE *La llamada tentativa inidónea del delito*, Ed. Comares, Granada, 1996, págs. 11-14.

Téngase en cuenta que hasta la promulgación del Código penal de 1995 estuvo vigente el antiguo artículo 52.2, introducido en 1944 que establecía la imposición de la misma pena que la correspondiente a la tentativa en los “casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito”. Más recientemente, sin embargo, utiliza ambos términos equiparándolos MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, 4.ª ed., cit., pág. 346, n. 81 y 83; también JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Bosch, Barcelona, Trad. de Mir Puig / Muñoz Conde, 1981, pág. 724.

La utilización del término “delito imposible” está generalizada en la doctrina italiana, vid. VANNINI, *Il reato impossibile. Raccolta di alcuni scritti minori*, Milano, 1952; FLORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959; MANTOVANI, *Diritto penale*, P G, 2.ª ediz., Padova, 1988, pág. 435; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, 3.ª ed., Zanichelli, Bologna, 1997, pág. 430.

El término “tentativa inidónea” (*Der untangliche Versuch*) es generalmente utilizado en la doctrina alemana. Vid. por ejemplo, WESSELS, *Derecho penal*, Trad. de Finzi, Buenos Aires, 1980, pág. 180; JESCHECK, *Tratado*, cit., 1993, pág. 480; STRATENWERTH, *Derecho penal*, trad. de Romero, Edersa, Madrid, 1982, pág. 212, n. 680; ídem. *Der Versuch des untanglichen Subjets*, FS für H.J. Bruns, Köhln, 1978, págs. 59 y ss. Vid. § 23 y 23.III StGB.

El art. 23 del Código penal suizo aborda la tentativa inidónea, en la que el juez puede prescindir de la pena si la no producción del hecho se debe a la falta de entendimiento del autor. SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.ª ed., Verlag. C.H. Beck, München, 1991 / más reciente: München, 1997, § 22, aum. 26; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, A.T., 11.ª ed., 1969, pág. 193; DICKE, *Zur Problematik der untanglichen Versuch*, JUS, 1968, pág. 157.

2. Así, CERESO MIR, *Curso de Derecho penal español (Lecciones)*, Parte General, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 123; ídem. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, Tirant lo Blanch, 5.ª ed., Valencia, 1999, pág. 556.

3. Así, SOLA RECHE, *La llamada tentativa*, cit., pág. 12, en el mismo sentido, FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 348.

D o c t r i n a

resulta imposible en cuanto que la acción del autor, dirigida a la realización de un tipo penal, no puede llegar a la consumación del delito intentado por inidoneidad de los medios⁴, del objeto⁵ o de ambos⁶. El caso de la inidoneidad del sujeto es controvertido⁷.

II. La idoneidad de la acción en el Derecho comparado (Italia)

En la doctrina italiana más reciente, así como en el artículo 49 —Cáp. II— del Código penal italiano, se ha sustituido, sin embargo, la palabra “medio” por la de “acto” cuando se establece la exclusión de la punibilidad en el caso de la “inidoneidad de la acción” o de la “inexistencia de objeto” de la misma. En el artículo 56 del mismo texto legal italiano cuando se estipula que “quien cumple actos idóneos dirigidos de modo inequívoco a la comisión de un delito, responde de delito intentado si la acción no se cumple o el resultado no se verifica”⁸, parece que el legislador italiano y la más reciente doctrina entienden que la inidoneidad del medio va referida en abstracto y la idoneidad de la acción va referida en concreto, v.g. una dosis de azúcar es, *abstractamente* considerada, medio inidóneo para causar la muerte, aunque deja de serlo si se suministra a un diabético; mientras que el arsénico es, en general, considerado medio idóneo para matar, si bien puede no conse-

guirlo si se suministra en dosis insuficiente; asimismo no se puede afirmar la falta de peligro y por tanto la ausencia de idoneidad en el supuesto de que una persona apunte a otra con un arma descargada si se trata —en el caso de esta última— de una persona fuertemente impresionable o que padece del corazón⁹.

El criterio acogido por la doctrina dominante en Italia es, por consiguiente, el de la idoneidad, en concreto valorada *ex ante*¹⁰. Es decir, el acto es idóneo cuando un observador avezado, que se hubiese encontrado en la misma situación concreta en que se encuentra el autor y además hubiese tenido los conocimientos particulares de este último, hubiera juzgado posible o probable la verificación del resultado consumativo. Este criterio llamado “*prognosis posterior*” es el que, según la posición dominante en la doctrina italiana, corresponde a las exigencias de la institución de la tentativa¹¹. Así, por ejemplo, no constituiría tentativa de homicidio el disparo o puñalada contra una persona visiblemente protegida por un chaleco antibalas o una coraza; mientras que sí constituiría tal tentativa si el chaleco o la coraza no fueran visibles¹².

En cuanto a la mención explícita de la inexistencia del objeto en el artículo 49.2 del Código penal italiano, ésta sería superflua en cuanto que la falta de dicho objeto incidiría generalmente sobre la idoneidad de la acción como requisito que va verificado en concreto teniendo

4. El intento de provocar un aborto con pastillas para el dolor de cabeza es una tentativa con medio inidóneo por razones fácticas.

5. El intento de dar muerte a un cadáver constituye tentativa sobre objeto inidóneo; la tentativa de hurto ignorando el consentimiento del poseedor es una tentativa con objeto inidóneo por razones jurídicas (Vid. JESCHECK, *Tratado*, cit., 4.ª ed., pág. 480).

6. Tentativa de aborto con medios inidóneos en mujer no encinta, vid. ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, StGB, cit., 1991, págs. 331 y ss., §§ 22 y 23 y págs. 356 y ss.; vid. también sobre el tema, FARRÉ TREPAT, ob. cit., págs. 277.

7. Este supuesto es generalmente considerado como un *subcaso* de delito putativo. Cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 11.ª ed., pág. 194; BAUMANN, *Strafrecht*, All. Teil, 1975, pág. 527; SCHMIDTHAUSER, *Strafrecht*, PG, 2.ª Aufl., Mohr, Tübingen, 1975, pág. 494; STATENWERTH, *Strafrecht*, All. Teil, I, Heimans Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 2.ª Aufl., n. 698; Idem. Der Versuch untanglichen Subjekts, cit., págs. 59-63. Más recientemente, JAKOBS, *Derecho penal*, cit., 1995, pág. 876, n. 43. En contra, JESCHECK, *Derecho penal*, 4.ª ed., trad. Manzanera, págs. 480, 484 y 486; BRUNS, *Der untangliche Täter. Die Strafbarkeit des Versuchs eine untanglichen Subjekts*, GA, 1979, págs. 161 y ss.; WESSELS, *Derecho penal*, cit., pág. 182 (aunque con matizaciones), quienes estiman que, en general, se trata de una tentativa inidónea punible. Vid. también en nuestro derecho, MIR PUIG, *Derecho penal*, 4.ª ed., cit., pág. 346, n. 38; idem, FARRÉ TREPAT, ob. cit., pág. 346, n. 81. En contra de la punición, SOLA RECHE, La llamada tentativa, cit.; SAINZ DE ROBLES, “Sobre la tentativa del sujeto inidóneo”, *Libro Homenaje al Prof. Beristain*, San Sebastián, 1989, págs. 626 y ss.

8. Vid. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., págs. 414-415; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, PG, cit., págs. 430-433.

9. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1950, pág. 86. Un hecho *abstractamente* inidóneo (tiro de fusil) —dice MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pág. 421— puede ser *concretamente* inidóneo (si se dispara a distancia mayor de la que alcanza el arma), y viceversa (propinar azúcar al diabético o golpear con el lápiz la nariz del hemofílico afectado por un grave aneurisma de aorta).

10. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pág. cit.

11. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, P G, 6.ª ed., Giuffrè, Milano, 1998 / 7.ª ed., Giuffrè, Milano, 2000, pág. 514.

12. Si el reo arriesga realizar una parte de la conducta querida por él, se debe considerar idóneo. Asimismo, el acto que, junto a los otros, habría producido el resultado. Así, en un veneno suministrado en pequeñas dosis, si el envenenador es descubierto antes de haber proporcionado la dosis completa que sería letal, los actos realizados deben ser ya considerados idóneos para la producción de la muerte, según el juicio de prognosis positiva. Cf. PAGLIARO, ob. cit., págs. 514-515.

Revista Penal

Delito intentado e idoneidad en el derecho español

en cuenta las circunstancias en que la actividad se desarrolla¹³.

El StGB suizo en su artículo 23 regula la tentativa inidónea con referencia al medio y al objeto, y estima que si, en estos supuestos, el hecho fuese de tal naturaleza que en ningún caso se hubiera producido la consumación, el juez puede atenuar la pena conforme a su arbitrio (artículo 66), e incluso prescindir de ella en el caso de burda falta de comprensión del autor¹⁴.

El § 15, III del StGB austríaco deja impunes las formas absolutamente inidóneas. Sin embargo, el StGB alemán no establece una distinción en orden a la idoneidad de la tentativa, cuya punibilidad regula en el § 23 y tan sólo cuando el autor, por una burda falta de comprensión, ignoró que la tentativa no podía haber conducido en ningún caso a la consumación, debido a la naturaleza del objeto o del medio, el Tribunal puede disminuir o incluso prescindir de la pena (§ 49,2 StGB).

Por consiguiente, no dándose este supuesto de la burda falta de comprensión del autor, no sería de aplicación esta regla y estaríamos dentro de las disposiciones del § 23, 1 y 2 del StGB, recibiendo la tentativa el mismo tratamiento legal que si fuera idónea¹⁵.

III. El derecho español

En lo que se refiere a nuestro Código penal, después de la supresión del antiguo artículo 52.2 del Código penal derogado que sancionaba las conductas de imposibilidad de ejecución y produc-

ción del delito e imponía la misma pena en estos casos que para la tentativa pura y simple, el artículo 16.1 del nuevo Código penal incluyó los actos que objetivamente deberían producir el resultado ya que, en la definición de tentativa, se requiere dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practicar todos los actos de ejecución que objetivamente deberían producir el resultado, si bien no se clarifica cuándo debe hablarse de idoneidad o inidoneidad en la tentativa¹⁶.

IV. Observaciones generales

Para comprender el problema de la inidoneidad de la tentativa vuelven a surgir las dos tesis discrepantes: las teorías subjetivas y objetivas, en cuanto a cómo ha de determinarse la peligrosidad de la tentativa. Parece entonces que nuestro Código penal en su artículo 16.1, aun no definiéndose claramente como algunas legislaciones precitadas, opta por un requisito de peligrosidad objetiva la referirse a los actos que "objetivamente" debieran producir el resultado; mientras que el triunfo de las tesis subjetivas parece plasmarse en buena parte en el § 22 del StGB alemán, que requiere para el concepto de tentativa el inicio de la ejecución directa del tipo según la representación que el autor tiene del hecho que ha de realizar; descartándose, así pues, que la conducta constitutiva de tentativa tenga que manifestarse objetivamente peligrosa.

Por tanto, las tesis subjetivas —que prescinden del carácter peligroso de los actos— dejan de plan-

13. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Torino, 1955, págs. 344-345; *vid.* Cass. pen., SS 26-10-1984; 7-5-1984. Un análisis de la jurisprudencia italiana puede verse en ALIBRANDI, *I Codice commentato* exclusivamente con la Giurisprudenza, Piacenza, 1996. El artículo 49.2 del Código penal italiano establece que la punibilidad queda excluida cuando "por la inidoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto de la misma es imposible el evento dañoso o peligroso", en esta segunda hipótesis surge una dificultad, dado que puede darse una inexistencia absoluta del objeto porque "*in rerum natura*" nunca existió, se extinguió o tuvo una inexistencia relativa, ya que el objeto existe "*in rerum natura*" pero falta el ligar en el cual se realiza la conducta criminal. Cf. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pág. 459, quien estima que el artículo 49 CPI permite la exclusión de la punibilidad de la hipótesis en las cuales el objeto es inexistente "*in rerum natura*" que, de otro modo, serían punibles con arreglo al artículo 56, porque la conducta resulta idónea "*ex ante*", en cuanto que en el momento en el cual el sujeto opera en presencia del objeto, aparece como verosímil. Así, v.g., en el caso de inyectar una dosis mortal de veneno a una persona muerta pocos instantes antes por colapso cardíaco, dado que la "*premorienza*" no era constatada en el momento de la conducta pero podía ser verificada sólo con indagaciones sucesivas (MANTOVANI, ob. cit., pág. 460). El citado autor se define por la solución que se adapta mejor a los principios de legalidad y ofensividad, en virtud de los cuales:

el delito imposible se refiere a la sola hipótesis de inexistencia absoluta del objeto (constatable, por consiguiente, *ex post*, esto es, teniendo en cuenta todas las circunstancias incluso no conocidas o no verosímiles *ex ante*), ya que —afirma— constituiría una violación del principio de ofensividad punir allí donde ha precluido ya, *a posteriori*, cualquier peligro de consumación del delito.

la tentativa punible, por el contrario, hace referencia a la hipótesis de inexistencia relativa, siempre que en el momento de la conducta aparezca como verosímil la existencia del objeto.

Considera, así, en el primer caso, el juicio de peligrosidad *ex post*, y en el segundo, *ex ante*, lo que no resulta plenamente convincente.

14. REHBERG, *Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB)*, Orell-Füssli, Zurich, 1995, págs. 34-35 y 109.

15. StGB, 30 Aufl., Beck, 1996, págs. 20 y 26; *vid.* también SOLA RECHE, ob. cit., págs. 5 y 233 y ss.

16. SOLA RECHE, ob. cit., pág. 229, aunque considere tal distinción irrelevante.

D o c t r i n a

tearse la distinción entre tentativa idónea e inidónea; contrariamente a las teorías objetivas, que establecen tal distinción sobre la base de la peligrosidad o no de la conducta para que ésta sea merecedora de pena¹⁷.

Tanto las teorías objetivas como las subjetivas y mixtas han incidido en aspectos importantes dentro del tema de la inidoneidad. Pasemos ahora a observar esas incidencias:

1. Inidoneidad y teorías objetivas

Contrariamente a las teorías subjetivas, según las cuales la punición de la acción se determina en base a la representación que el autor tiene de aquélla, las teorías objetivas requieren que la acción —y no sólo desde la representación del autor sino de forma objetivada— sea adecuada (idónea) para la obtención o consecución del resultado pretendido por el autor.

Fue FEUERBACH quien por primera vez utilizó un criterio objetivo, al estudiar que la tentativa sólo debería considerarse punible cuando entre la acción y el resultado existiera una relación causal, lo que debe suponer la peligrosidad, que es lo que caracteriza la tentativa¹⁸.

Para quienes, como BINDING, concebían la tentativa como realización parcial del delito consumado, debía existir una relación causal concreta entre la acción realizada y el resultado pretendido; si a la acción le falta alguno de los requisitos necesarios para que se produzca el delito, aquélla no puede llegar nunca a la consumación y sólo estaremos ante una realización parcial del mismo.

Si la acción carece de una de las características del delito, falta la idoneidad y la tentativa no sólo no es punible, sino que ni siquiera está prohibida

por la norma. Todas las acciones a las que les falte una característica del delito no estarían prohibidas por la norma¹⁹.

A) La teoría de la falta de tipo

Para la teoría objetivo-formal de la falta de tipo (*Mangel am Tatbestand*) falta alguna de las características del tipo objetivo del delito. Si en la tentativa falta la relación causal, para la tesis de la falta de tipo, faltaría alguna de las restantes características del delito²⁰.

Por ejemplo: A dispara contra un cadáver con intención de matarle, pensando que estaba vivo (error sobre el objeto); A cree utilizar un abortivo cuando se trata de un medio inocuo.

Se ha criticado de esta teoría la sumisión a la redacción del tipo legal del que depende la distinción; v.g., en el caso de que B —contra quien dispara A— esté muerto, habría una falta de tipo, pero no si está vivo, aunque esté ausente; no parece justificada la distinción²¹, pues esta interpretación conduce a una falsa valoración del injusto²².

Para GRAF ZU DOHNA, la ausencia de tipo se da cuando falta alguna de las exigencias del tipo que no se hallan en relación causal con la acción del autor. En cambio hay tentativa, cuando el dolo, dirigido a la realización del tipo legal, se ha manifestado en acciones que no han dado lugar a la consumación. Si bien, dentro de la tentativa delimitada de este modo, se distingue a su vez entre error “nomológico” y error “ontológico”.

La tentativa sigue siendo tentativa —aunque impune—, si el autor sólo podía esperar que su conducta produjera un resultado, a causa de que su juicio “nomológico” era falso en forma, generalmente, cognoscible²³.

17. SOLA RECHE, ob. cit., págs. 10 y 30.

18. Vid. FARRÉ TREPAT, ob. cit., pág. 283.

19. BINDING, *Die Normen und Ihre Uebertretung*, III, *Meiner*, Leipzig, 1918, pág. 426. La inidoneidad se obtiene según Binding, con referencia al tipo; si falta un elemento del tipo, no hay tentativa. En realidad, según Binding, los supuestos de “error al revés” sobre una característica del tipo se consideran delito putativo. La tentativa inidónea en que falte una característica del tipo sería un delito putativo (Die normen, cit., págs. 487 y ss.).

20. GRAF ZU DOHNA, *Der Mangel am Tatbestand*, Festgabe für Güterbock, 1910, págs. 35 y ss. y 48 y ss.; FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, cit., 43, I. Mantienen fundamentalmente este punto de vista en nuestro derecho ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VII, cit., págs. 778 y ss.; CEREZO MIR, *Lo objetivo y subjetivo en la tentativa*, Valladolid, 1964, pág. 33; aunque la considera insuficiente, en parte, NÚÑEZ BARBERO, ob. cit., págs. 124-125, en los casos en los que faltan los elementos o condiciones particularmente requeridas en el tipo, sujeto, medio u objeto.

21. MAYER, *Der Allgemeine Teil des Deutsche Strafrecht*, 2.ª Aufl., C. Winters, Heidelberg, 1923, págs. 360-361.

22. Vid. MAURACH, *Strafrecht*, cit., 4.ª Aufl., pág. 507; BOCKELMANN, P., “Vorbereitung und Versuch”, en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, II, A.T., 19. Sitzung, 1958, pág. 174; una exposición crítica vid. en nuestro derecho FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., págs. 290-292. Vid. también, SOLA RECHE, ob. cit., págs. 21-22.

23. GRAF ZU DOHNA, *Der Mangel...*, cit., págs. 59-61, distingue la tentativa debida a un error ontológico (conocimiento de los hechos que posee el autor) de la debida a un error nomológico (conocimiento o saber experimental que la generalidad posee). En base a tal distinción se puede determinar como acción de tentativa aquella que, ejecutada de acuerdo con el conocimiento general, resulta

Revista Penal

Delito intentado e idoneidad en el derecho español

Sin embargo, establece una restricción: la ausencia de tipo tiene el valor de tentativa cuando la no producción del resultado se explica suficientemente si el sujeto no se encontraba en el sitio contra el cual iba dirigido el ataque²⁴.

No obstante, LISZT-SCHMIDT niega también la tentativa si no se han dado algunas de las características del tipo que acompaña a la conducta, aun supuesta su existencia por parte del autor²⁵.

La teoría de la falta de tipo supone tan sólo la exclusión del ámbito de la punibilidad de la tentativa, en general, de los casos de objeto y sujeto inidóneo cuando estas características se mencionan expresamente²⁶. También cuando el tipo exprese los medios en que ha de realizarse; si el autor no emplea ninguno de ellos, habrá falta de tipo.

Pero no es tampoco la inidoneidad la base determinante para la realización del injusto típico, ya que algunas conductas inidóneas pueden constituir una falta de tipo (impunes) y otras no (punibles)²⁷.

Se ha puesto de manifiesto, sin embargo, que la teoría de la falta de tipo resulta insuficiente²⁸ para delimitar la peligrosidad de la tentativa. De acuerdo con ella, en los supuestos en que, desde un principio, falta una circunstancia perteneciente al supuesto de hecho típico, es decir, cuando no sólo no se ha producido el resultado pretendido por el autor —por ejemplo: destrucción de la cosa propia creyendo que es ajena (§ 303 StGB, artículo 263 Código penal)— no nos encontramos ya conceptualmente ante una tentativa.

No obstante, se pone de relieve que, de esta manera, la decisión depende de las diferentes redacciones de la ley, lo que nada tiene, sin duda, que ver con la peligrosidad²⁹; v.g., la utilización de medios inadecuados para la consecución del hecho, si la ley no menciona el medio en su texto —como sucede en la interrupción del embarazo—.

Y, sin embargo, se entiende que existe ausencia de tipo si la ley —como en el caso (§ 229 StGB, junto al precio, o artículo 139 del Código penal, en la alevosía) del empleo de veneno— requiere determinados medios.

Tampoco pueden solucionarse con este punto de vista los supuestos anteriores en que el autor no encuentra el objeto del hecho en la forma pretendida (tentativa de aborto en mujer no embarazada —§ 218 StGB, art. 145 CP español—; o introducción por el carterista de la mano en el bolsillo vacío), ya que no se pueden separar, aunque sea necesario, desde el plano de la peligrosidad³⁰.

No se establece un criterio de distinción entre idoneidad e inidoneidad³¹.

B) La teoría pura del peligro. La inidoneidad en abstracto

Las teorías objetivo-materiales se apoyan en la idea de peligro. Para las teorías antiguas o “puras” de la peligrosidad, que parten de FEUERBACH pero fueron desarrolladas por MITTERMAIER, no se considera la punibilidad de la tentativa con arreglo a la relación causal, teniendo en cuenta,

adecuada para producir el resultado (Vid. sin embargo, FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 329, quien considera que la aplicación de esta tesis lleva a la impunidad de aquellos casos en que el conocimiento nomológico del autor es superior al conocimiento experimental de sus contemporáneos. Así, v.g. si A pretende envenenar a B con una determinada sustancia cuyo efecto mortal solamente él conoce, habría que considerarlo impune, ya que la existencia de una tentativa punible viene determinada, junto al conocimiento ontológico del autor, por el conocimiento ontológico de la generalidad. Y, sin embargo, con este punto de vista se amplía, por otra parte, excesivamente el ámbito de la punición en cuanto limita la impunidad a los supuestos de error nomológico).

24. GRAF ZU DOHNA, *Der Mangel...*, cit., pág. 61; MAYER, ob. cit., págs. 360-361; en contra del diverso tratamiento, FARRÉ TREPAT, ob. cit., pág. 291.

25. VON LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26.ª Aufl., Berlin, 1932, págs. 290 y ss. y 310 y ss.

26. FARRÉ TREPAT, ob. cit., pág. 292; SOLA RECHE, ob. cit., págs. 22-23.

27. Vid. SOLA RECHE, ob. cit., pág. 23, quien estima que, para esta teoría, no es la inidoneidad la referencia para determinar la realización o no de lo injusto típico ya que, afirmada la inidoneidad de algunas conductas, en unas ocasiones e tratan como falta de tipo (impunes) y en otras no se impiden que sean reconocidas como tentativa punibles).

28. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., pág. 97, aun participando en algunos puntos de la tesis de la ausencia de tipo —particularmente en los supuestos de ausencia del objeto material—, considera, sin embargo, que el criterio formalístico se muestra insuficiente y, de otro lado, la teoría de la falta de tipo no establece un criterio de distinción entre idoneidad e inidoneidad. Se ha objetado a la ausencia de tipo, por otra parte, que es insostenible en su punto de partida, no satisfactoria y llena de contradicciones en sus consecuencias (Cf. HIPPEL, *Deutsche Strafrecht*, cit., II, pág. 431, que coloca en su lugar la peligrosidad, con arreglo a la cual es punible la tentativa objetiva y concretamente peligrosa, mientras que es impune la no peligrosa, págs. 425 y ss.).

29. STRATENWERTH, *Derecho penal*, cit., pág. 213; n.º 683; Así para JESCHECK, *Derecho penal*, cit., 4.ª ed., pág. 480 la teoría de la falta de tipo se encuentra en contradicción con el derecho vigente, porque del § 23 StGB se desprende que los supuestos de objeto inidóneo y medios inidóneos deben ser tratados por igual.

30. STRATENWERTH, ob. cit. y pág. cit.

31. SOLA RECHE, ob. cit., pág. 23.

D o c t r i n a

no lo que concretamente ha sucedido, sino lo que, en abstracto, podría ocurrir; ya que aunque la acción no ha causado el resultado, tenía capacidad potencial para causarlo, es decir “en abstracto”, y esto bastaría para considerar el acto como objetivamente peligroso³².

Se introduce así la distinción entre tentativa absolutamente y relativamente inidónea, que fue desarrollada por la doctrina con posterioridad. MITTERMAIER distinguía así entre objeto y medio inidóneos abstracta y relativamente.

Existe tentativa absolutamente inidónea cuando el autor, bien por el objeto de la agresión (tal como herir a un cadáver), bien por el medio utilizado (como en el supuesto del envenenamiento con agua) no puede en forma alguna conseguir su objetivo. Por el contrario habrá tentativa relativamente inidónea cuando solamente las condiciones en que se ha desenvuelto la acción habrían impedido el resultado consumativo; como v.g., el caso de la puñalada a quien está protegido por una coraza.

Mientras la tentativa absolutamente inidónea estaría exenta de pena, la tentativa relativamente inidónea sería punible³³.

Sin embargo, difícilmente un medio inidóneo—independientemente de las circunstancias del caso concreto—considerado en abstracto, como el azúcar, podría servir para producir la muerte de un diabético; o una pistola descargada—medio inidóneo en abstracto—podría servir para producir lesiones o muerte si se utiliza como instrumento contundente o como instrumento para impresionar a un persona enferma del corazón, asustadiza o hipersensible³⁴. Por consiguiente, no parece que un análisis de la situación en concreto pudiera ser verificado *ex post*; por lo que se hacía preciso llevar a cabo un análisis en abstracto no *ex post* y también en concreto³⁵.

La dificultad de señalar una exacta línea de demarcación entre inidoneidad absoluta y relativa se ha tratado de superar en la doctrina italiana

acudiendo a los términos inidoneidad e insuficiencia. La primera significaría falta de completa potencia causal; mientras que la segunda representaría sólo deficiencia bastante para conseguir el objeto³⁶. Pero esta distinción viene a corresponderse sustancialmente con la inidoneidad absoluta y relativa. Para matar, no es solamente inidóneo el azúcar, sino también el arsénico cuando es suministrado en pequeña dosis³⁷. Se ha sostenido por ello que si la insuficiencia es conocida *ex ante*, excluye la peligrosidad de la acción, pero si aquella se revela sólo a través de la misma y no antes, no debería descartarse tal peligrosidad de la acción. Por lo tanto no se trataría de suficiencia o insuficiencia, sino de concreta peligrosidad de la acción ejecutiva³⁸.

C) La moderna teoría del peligro: el peligro en concreto o la inidoneidad *ex ante*

La moderna teoría del peligro parte de la peligrosidad en concreto y desde una posición *ex ante*, por lo que rechaza la consideración de la peligrosidad en abstracto que se mantenían en las viejas teorías del peligro. Esto significa que deben tenerse en cuenta, para la determinación de la peligrosidad, todas las circunstancias que acompañan al acto. Por ello, habrán de considerarse todas las circunstancias conocidas o cognoscibles por el autor en el momento de la comisión del hecho, y no aquellas que se hayan conocido con posterioridad (*ex post*)³⁹. En esto consiste la diferencia fundamental con la vieja tesis del peligro abstracto.

Esto supuso un aumento notable de la punición, desapareciendo en este punto de vista la distinción entre tentativa absoluta y relativamente imposible; así en una tentativa relativamente inidónea puede aparecer *ex ante* como no peligrosa—por ejemplo: el disparo a una mayor distancia que la que es posible alcanzar mediante el arma

32. DELAQUIS, *Der Untangliche Versuch Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzbuch*, Berlin, 1904, págs. 65-67.

33. MITTERMAIER, “Beiträge zur Lehre vom Versuche des Verbrechen”, en *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1816, págs. 171-712 y 184-196; “Der Versuch von Verbrechen bei denen es an dem erforderlichen Gegenstände des Verbrechens mangelt nud der Versuch mit untanglichen Mitteln geprüft”, *GS*, 1859, págs. 404 y ss.

En este sentido el artículo 17 del Código penal brasileño vigente.

34. Por eso el legislador italiano, en el artículo 56 Cpl sustituye la palabra “medio” por la de “acto”, cuando establece que “quien cumple actos idóneos dirigidos de modo inequívoco a cometer un delito, responde de delito intentado si la acción la acción no se cumple o el evento no se verifica”. A un medio en abstracto idóneo (pistola) puede corresponder un acto inidóneo, como en el caso de quien pretenda disparar más allá del alcance del arma. Un medio en abstracto inidóneo, v.g. un alfiler, puede resultar idóneo si se actúa sobre un hemofílico. (Cf. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pág. 513; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., pág. 413); *vid. además* NÚÑEZ BARBERO, ob. cit., págs. 86 y 87.

35. Cf. FARRÉ TREPAT, ob. cit., pág. 299.

36. MANZINI, *Trattato*, cit., págs. 379-380.

37. NÚÑEZ BARBERO, ob. cit. pág. 90.

38. VANNINI, *Il problema*, cit., pág. 73.

39. VON LISZT, *Tratado*, cit., III, pág. 17; *Vid.* SOLA RECHE, ob. cit., pág. 25.

Revista Penal

Delito intentado e idoneidad en el derecho español

utilizada—, mientras que una tentativa absolutamente inidónea puede surgir como peligrosa en el correspondiente juicio *ex ante* (en el momento de la ejecución) —por ejemplo: el disparo con una pistola descargada cuando el autor la creía cargada y la persona a quien se apuntaba era excesivamente sensible y padecía del corazón—⁴⁰.

El aspecto que ha sido más positivamente considerado de esta teoría ha sido la superación del concepto de peligro considerado en abstracto. Si bien, se ha creído ver en ella una teoría mixta o una teoría del peligro *subjetivamente coloreada*⁴¹, v.g. en el caso del disparo contra una cama vacía en la creencia de que la víctima se encuentra tumbada en ella, ¿se podría afirmar que hubiera aquí peligrado una vida humana?⁴²

También en relación al objeto, en esta teoría, encuentra aplicación el juicio de idoneidad y la prognosis póstuma, ya que había de valorarse dicha idoneidad de los actos en relación con la presencia o ausencia del objeto en el momento de la ejecución o de la acción⁴³.

D) La moderna teoría de peligro en el derecho positivo español. El Código penal de 1995 (los artículos 16 y 62 del Código penal). Posturas doctrinales y Jurisprudenciales en España.

La mayoría de la doctrina ha optado en nuestro derecho por un criterio objetivo material sobre la

base del peligro para fundamentar la idoneidad de la tentativa.

En nuestro derecho, la tentativa inidónea, que también ha sido denominada “delito imposible”⁴⁴, quizás con mayor razón antes de la derogación —por el Código penal de 1995— del viejo artículo 52.2 del Código penal de 1973 que castigaba con las mismas penas que la tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito. Un acreditado sector de la doctrina se ha manifestado partidario de la teoría objetivo formal de la falta de tipo para fundamentar la no punición de la tentativa inidónea excluyendo entre los supuestos del artículo 52 del Código penal anterior la ausencia de alguna de las circunstancias del tipo. Así, para esta posición, por ejemplo el disparo sobre un cadáver no puede nunca constituir tentativa de homicidio porque falta uno de los elementos; tampoco la apropiación de una cosa propia constituiría un delito de hurto. Se estima la falta de tipo como la falta de objeto, medios o sujetos que son taxativamente requeridos por la ley⁴⁵. La crítica a esta posición nos llevaría quizá para este trabajo una dedicación excesiva⁴⁶, tan sólo cabe ahora afirmar que, si algunos de estos supuestos que podrían considerarse punibles con arreglo al artículo 52.2 del Código penal anterior, no existe actualmente razón para basarse en dicho artículo a efectos de punición, al ser derogado por el Código penal actual que acertadamente lo suprime⁴⁷.

40. VON HIPPEL, *Deutschen Strafrecht, II*, Berlín, 1935, reimpr. Springer, 1971, Aalen, pág. 429.

41. GERMANN, *Über die Strafgrund der strafbarkeit des Versuchs*, 1914, pág. 24, n. 71, cit. por FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 303.

Para JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. La ley y el delito*, cit., pág. 527, la teoría de Von Listz es objetiva en cuanto toma como base la noción de peligro y subjetiva en cuanto acepta tal criterio supletorio.

42. Vid. FARRÉ TREPAT, ob. cit., pág. 303.

43. La presencia o no presencia del objeto deberá ser puesta en consideración según el momento en el cual se inicia la acción (vid. NÚÑEZ BARBERO, ob. cit., pág. 122). Por consiguiente, los supuestos de ausencia de objeto, cuya impunidad se amparaba en la inidoneidad del objeto (no hay relación causal posible) pueden ahora ser castigados si tal ausencia no era constatable “*ex ante*” (un observador objetivo hubiera creído, como el autor, que el objeto recibiría la agresión. Cf. SOLA RECHE, ob. cit., p.25).

44. Vid. v.g. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción al Derecho penal*, cit., p.109; *idem*. NÚÑEZ BARBERO, ob. cit., págs. 2, 57 y ss. y 141 y ss.; ya con posterioridad emplea esta denominación junto a la tentativa: MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., pág. 376; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible y tentativa de delito*, ADPCP, 1971, pág. 369; con posterioridad al Código penal de 1995, MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pág. 346; QUINTERO OLIVARES-VALLE MUNIZ, *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 118.

45. Partidarios de la teoría de la falta de tipo pueden considerarse ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, ed., cit., pág. 443; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VII, cit., págs. 778 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 2.ª ed., 1966, I, pág. 232 y, fundamentalmente, CERESO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo*, cit., pág. 33, y NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., págs. 124 y 125, aun considerando que el juicio de peligro debe ser emitido *ex ante*, introduce, en concreto y sin embargo, un criterio formal cuando estima que faltan los elementos esenciales exigidos por la particular figura delictiva en los supuestos v.g. de objeto: disparar contra un cadáver, o sujeto inidóneos: realizar un delito de funcionarios quien no lo es; o medios requeridos por la ley; aunque, por otra parte, el criterio formal le parece insuficiente (v.g. disparo a mayor distancia de la que alcanza el arma) e incapaz de establecer una distinción entre idoneidad e inidoneidad (pág. 97), acudiendo a la idea del peligro concreto como otros autores partidarios de la mencionada tesis de ausencia de tipo.

46. Vid. Más específicamente sobre el tema, NÚÑEZ PAZ, *El delito intentado*, Colex, Madrid, 2003.

47. Por otra parte, la redacción del antiguo artículo 52.2 del Código penal anterior tampoco propiciaba la distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea (vid. FARRÉ TREPAT, ob. cit., pág. 362; *idem*. SOLA RECHE, ob. cit., pág. 20.)

D o c t r i n a

La tesis del peligro abstracto se ha mantenido también por un autorizado sector doctrinal que sigue distinguiendo entre imposibilidad absoluta y relativa⁴⁸. Realmente no creemos que se pueda distinguir entre estas dos categorías —imposibilidad absoluta y relativa—⁴⁹, dado que la inidoneidad es de por sí un concepto relativo como se ha puesto de manifiesto por la doctrina española, al sostener que si se toma el medio aisladamente considerado, el juicio de valor es un juicio abstracto, puesto que un medio estimado como idóneo en abstracto puede ser —en relación con las circunstancias y el objeto de delito— tan ineptamente utilizado que resulte inidóneo en cualquiera de las hipótesis en que pretenda operarse; y viceversa: un medio abstractamente inidóneo puede ser utilizado tan hábilmente —de acuerdo con los especiales conocimientos de determinada persona— que, teniendo en cuenta todas las circunstancias preexistentes y simultáneas, resulte eficaz para la producción del resultado⁵⁰. De aquí que se afirme que lo que debe ser objeto de consideración es la acción, la conducta, y no el medio, que no es objeto de la represión penal⁵¹.

Tampoco la distinción “inidoneidad e insuficiencia”, que algún autor ha mantenido —siguiendo a MANZINI—, es aceptable, pues —como se ha afirmado acertadamente— la experiencia demuestra que v.g. una cierta cantidad de arsénico (X) tie-

ne incluso eficacia reconstituyente, mientras que las dosis X+1, X+2, etc., son normalmente capaces de ocasionar la muerte⁵².

Por consiguiente, si la insuficiencia es cognoscible *ex ante*, ello excluye la peligrosidad de la acción; pero si se revela sólo a través de la misma, deberá considerarse peligrosa. No se trataría, pues, de inidoneidad e insuficiencia, sino de concreta peligrosidad de la acción ejecutiva.

Le distinción entre inidoneidad e insuficiencia coincide esencialmente con la de tentativa absoluta y relativamente inidónea⁵³.

Sin embargo, un importante grupo de la doctrina opina que la base de la punibilidad de la tentativa se encuentra en el peligro concreto, entendiendo éste como “una situación por la cual —dadas determinadas circunstancias generalmente cognoscibles en el momento de la acción y también las conocidas por el agente— existe la probabilidad de que derive la consumación del delito”⁵⁴. Así pues, será necesaria la concurrencia de tal peligro concreto, y el juicio de peligro no deberá tener en cuenta las circunstancias reveladas posteriormente. Por consiguiente, el juicio de idoneidad debe ser emitido en concreto: el juez tendrá en cuenta los conocimientos del hombre medio, complementándolos con los del conocimiento especial del autor —en su caso—, y prescindirá de todas las circunstancias no cognoscibles en el momento de la ejecución y de las que se revelan a tra-

48. La tesis de la imposibilidad absoluta y relativa mantenida por las antiguas teorías de peligro ha sido seguida en nuestro derecho, entre otros, por ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., 2.ª ed., pág. 447, *idem*, *Derecho penal, Parte general*, Icade, 1966, págs. 457-458; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal, Parte general*, Trivium, Madrid, 1984; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, Tirant lo Blanch, 3.ª ed., 1990, págs. 556-557.

Más recientemente: QUINTERO OLIVARES-VALLE MUÑOZ, *Comentarios al Código penal*, cit., págs. 118-119, artículo 16, distinguiendo que inciden en relación a la acción (tentativa inidónea) y en relación a la inexistencia del objeto (delito imposible). Rechaza la distinción CERESO MIR, *Lecciones de Derecho penal*, cit., pág. 129.

Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., págs. 361-362; NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., pág. 87.

49. Vid. más específicamente, sobre la cuestión, NÚÑEZ PAZ, *El delito intentado*, Colex, Madrid, 2003.

50. V.g. alfiler (medio inidóneo en abstracto) aplicado a un hemofílico y disparo de fusil (medio idóneo en abstracto) si se dispara fuera del alcance del arma.

“No parece que exista razón alguna —dice SOLA RECHE, *Ob. cit.*, pág. 249— para negar la misma calificación... a comportamientos en los que se utilicen inidóneamente medios idóneos”.

51. De aquí que el artículo 56.1 del Código penal italiano emplee el término “acción” y no “medio” aludiendo al supuesto de que “la acción no se cumpla”, y el artículo 49.2 del mismo cuerpo legal establezca que “la punibilidad está... excluida cuando, por la inidoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto de la misma, es imposible el evento dañoso o peligroso”. Vid. NÚÑEZ BARBERO, *Ob. cit.*, pág. 87; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible*, cit., pág. 369.

52. VANNINI, *Il problema*, cit., pág. 83, punto de vista al que se adhiere NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., pág. 91.

53. La tesis de la distinción entre inidoneidad e insuficiencia fue mantenida casi aisladamente en España por FERRER SAMA, *Comentarios*, cit., págs. 67 y ss. y por alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo (v.g. St. 5-11-1977) y coincide en lo fundamental con la distinción entre idoneidad absoluta y relativa (Vid. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., pág. 90; *idem*, FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 363).

54. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., pág. 107; esencialmente, FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 398; SOLA RECHE, *Ob. cit.*, pág. 232 destaca para la punibilidad de la tentativa la posibilidad constatable *ex ante*, sin que tenga que producir el resultado de peligro, acepta la perspectiva *ex ante* como procedimiento adecuado para un Derecho penal preventivo, lo que supone contar solamente son las circunstancias cognoscibles en el momento de dar comienzo a la acción (pág. 250). Análogamente, CERESO MIR, *Derecho penal, Lecciones de Derecho penal*, cit., págs. 128-129.

Revista Penal

Delito intentado e idoneidad en el derecho español

vés del suceso, es decir: las que no fuesen constatables *a priori*⁵⁵. Por lo tanto, según este punto de vista, el peligro se determina *ex ante* (remontándose el juzgador al momento del acto de ejecución) atendiendo sólo a las circunstancias conocidas por el autor y las generalmente cognoscibles, es decir, prescindiéndose de consideraciones respecto a las descubiertas en el curso posterior de los acontecimientos. Lo que en la práctica supone un acercamiento a las teorías subjetivas⁵⁶.

Sin embargo, alguno de los difusores de este punto de vista utiliza, además, el criterio formal, al afirmar la inidoneidad cuando faltan los elementos esenciales de la figura delictiva⁵⁷. Otros autores —como CERESO MIR—, aun partiendo del viejo artículo 52.2, consideran que esta figura estaba representada por el peligro abstracto del bien jurídico⁵⁸; afirmando recientemente que la tentativa inidónea es la tentativa no peligrosa, y esta peligrosidad ha de ser juzgada *ex ante*, ya que —*ex post*— toda tentativa es no peligrosa⁵⁹.

La mayoría de la doctrina más reciente considera que el Código penal de 1995 opta claramente por una teoría objetiva, ya que el artículo 16 —al definir la tentativa— alude a la práctica de “todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”, con lo que excluye, no sólo los casos de la denominada tentativa irreal o supersticiosa⁶⁰, sino, en general, los de tentativa inidónea; si bien, se exige la peligrosidad de la acción en un juicio *ex ante*, lo que no significa que se consideren no peligrosas algunas de las acciones tradicionalmente estimadas como tales; por ejemplo: disparo a corta distancia con una pistola respecto a la que, sólo tras apretar el gatillo, se advierte que estaba descargada desconociéndolo el autor⁶¹.

Para CERESO MIR, aunque la inexistencia o falta de presencia del objeto no fuera cognoscible *ex ante*, o apareciese *ex ante* como “absolutamente improbable”, la acción era peligrosa aunque ningún bien jurídico hubiera corrido peligro⁶². Pero, en todo caso —como indica el citado autor— la regulación de los artículos 16 y 62 del Código penal y la supresión del viejo artículo 52.2, evidencian que el legislador ha optado por una teoría objetiva de la tentativa, de tal modo que, en el nuevo sistema penal, la tentativa inidónea o imposible es impune⁶³.

También MIR PUIG se inclina —respecto de la fundamentación de la punición del delito imposible— por una perspectiva objetiva, necesaria en un Derecho penal preventivo que impone un Estado social y democrático de Derecho; pero este derecho debe penar comportamientos que aparezcan *ex ante* como peligrosos para los bienes jurídicos. Si bien, para este autor, la apariencia de idoneidad *ex ante* implica la peligrosidad estadística del hecho, y considera que se trata de un peligro abstracto, a diferencia del peligro concreto, que concurre en la tentativa idónea⁶⁴.

2. Inidoneidad y teorías subjetivas

La tentativa se concibe —en su fundamento para esta posición— como la voluntad manifestada; de forma que sólo en esta voluntad radicaría dicha fundamentación. Partiendo de la teoría de la equivalencia de las condiciones desarrollada por VON BURI y refrendada en buena parte por el RG alemán, se afirma, desde este punto de vista, que no cabe distinguir entre tentativa idónea e inidónea, ya que toda acción que no ha llegado a producir el

55. FARRÉ TREPAT, *Consideraciones dogmáticas...*, cit., pág. 274; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *Derecho penal, Parte general*, Madrid, 1986, parten del juicio *ex ante* pero, sin embargo, consideran que, desde este punto de vista, supone la impunidad, por no peligrosa, de la llamada tentativa absolutamente inidónea (disparo sobre un cadáver); NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, considera también que la idoneidad de la tentativa debe constatare mediante el juicio *ex ante* y en concreto. Sin embargo, estima no punibles, por no peligrosas, las conductas en las que faltan los elementos o condiciones requeridas por el tipo, sea en cuanto al sujeto, medio u objeto (págs. 123-124), aunque no sean constatables *ex ante*.

56. SOLA RECHE, Ob. cit., pág. 25.

57. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., págs. 123-124.

58. CERESO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo*, cit., pág. 33.

59. CERESO MIR, *Lecciones de Derecho penal*, cit., 1997, pág. 129.

60. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., 4.ª ed., pág. 348, n. 38; *idem*. FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 404. Matar a una persona conjurando a diablo o clavando alfileres en un muñeco (Vid. JESCHECK, *Derecho penal*, 4.ª ed., cit., pág. 482, quien afirma que el empleo de medios mágicos u otros similares no podría causar impresión en la comunidad; Vid. además BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Otto Schwart & Co., Göttingen, 1957, pág. 160).

61. FARRÉ TREPAT, *Consideraciones dogmáticas*, cit., pág. 275.

62. Vid. CERESO MIR, *Lecciones de Derecho penal*, cit., pág. 128, quien considera que no es preciso, sin embargo, el resultado de peligro, esto es, que haya corrido realmente peligro el bien jurídico, distinguiendo entre peligrosidad de la acción y el resultado de peligro. Así pues, la acción podría ser peligrosa *ex ante* y no llegar a producir un resultado de peligro, ya que los artículos 16 y 62 exigen únicamente la peligrosidad de la acción y no la producción de aquél.

63. CERESO MIR, *Lecciones de Derecho penal*, cit., págs. 128-129.

64. Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, 4.ª ed., cit., pág. 346.

D o c t r i n a

resultado ha demostrado ser inadecuada (inidónea) para producirlo, ya que, si hubiera sido idónea, habría originado dicho resultado. Consecuentemente, para este punto de vista, toda tentativa es inidónea.

Se niega expresamente la significación de la idea de peligro, considerando que constituye una abstracción que contradice la realidad⁶⁵.

Partiendo de este punto de vista, el fundamento de la punición de la tentativa no puede encontrarse en el peligro objetivo, ya que si la acción no ha causado el resultado en el caso concreto, ello hace entender que será ya incapaz de producirlo. Por consiguiente, siguiendo este criterio, la cuestión de la inidoneidad de la tentativa y del delito imposible no puede siquiera plantearse pues carecen de razón de ser tanto el problema de la idoneidad como el del peligro⁶⁶.

La teoría subjetiva, más que en el ámbito científico, destacó con un influjo predominante sobre la práctica del Tribunal del Reich. Partiendo también de la teoría de la equivalencia de condiciones, el RG consideró que no era posible la distinción entre tentativa idónea e inidónea ya que, en el caso concreto, toda tentativa que no haya producido el resultado se ha mostrado absolutamente inadecuada para causarlo⁶⁷. Y así afirmó la pu-

nibilidad de la tentativa en hipótesis tales como el de intento de infanticidio sobre un niño muerto (RG 6 - 1880); de aborto sobre mujer no embarazada (RG 7 - 1882) o de falso testimonio que el testigo creía verdadero (RG 10 - 1888)⁶⁸.

Pero si no tienen razón de ser ni el problema de la idoneidad ni el del peligro, habría que llegar a la conclusión no ya sólo de la impunidad de toda tentativa o delito imposible, sino a reconocer en el delito solamente una manifestación de voluntad. La llamada tentativa irreal constituiría un injusto, aunque haya suficientes argumentos incluso para negar su antijuricidad material⁶⁹. En este punto una gran parte de los subjetivistas se detienen no llegando a incriminar esos actos preparatorios objetivamente delimitados, los casos en los que al sujeto activo le falta una cualidad exigida por la ley y las manifestaciones simbólicas dirigidas al delito. Tampoco aquí el *Reichsgericht* ha juzgado con arreglo a la creencia del autor, en desacuerdo con su tesis aplicada para los demás casos⁷⁰.

Los argumentos de VON BURI y del RG no consiguieron eliminar el concepto de peligro del ámbito de la tentativa, sino que sus criterios ayudaron a delimitar su verdadera configuración⁷¹.

Ciertamente, pueden separarse las cuestiones relativas al fundamento de la punibilidad de la

65. VON BURI, *Versuch und Causalität*, cit., págs. 322-323. Según este punto de vista no cabe la posibilidad de distinguir entre tentativa idónea e inidónea. Cf. TITTMAN, *Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts*, I, 1806.

66. NÚÑEZ BARBERO, ob. cit., págs. 67-68, quien entiende que llevando estos principios a sus últimas consecuencias lógicas, llegaríamos a soluciones rechazadas rotundamente por el sentido lógico; pues ello hubiera permitido punir v.g. al que se había "casado" dos veces con la misma mujer, caso que sólo se encuentra en las comedias teatrales; al que fabrica monedas de papel o de madera creyéndose que elabora monedas legítimas; al que pretende causar la muerte mediante consejos o prácticas supersticiosas —tentativa irreal— etc. Es decir, permitiría la sanción de verdaderas "caricaturas delictivas".

No se puede afirmar que, en estos casos, como lo hace la teoría subjetiva extrema, el agente esté privado de razón, porque la voluntad subsiste (Cf. SCARANO, *Il Tentativo*, Napoli, 1952, pág. 184). Creer en hechizos puede suponer ingenuidad, pero no significa estar privado de razón.

67. Vid. VON BURI, "Versuch", *Beiträge zur Theorie des Strafrechts*, 1894, págs. 178-182; Vid. RG 8, 198 (203); RG 34, 217 (219), en ambos casos: tentativa de aborto en mujer no embarazada, en la última además con medios inidóneos. Estas resoluciones y las referidas en el texto responden primordialmente a la teoría subjetiva pura que atendía sólo a la voluntad del autor.

68. Vid. MEZGER, *Tratado*, cit., pág. 251, examina los rasgos principales de la jurisprudencia del RG, oponiéndose a ella.

69. Vid. SOLA RECHE, ob. cit., págs. 29 y 263-264.

Para algunos autores partidarios de la teoría subjetiva —aunque no en su forma más estricta o pura— (como KAUFMANN, *Zum Stand der Lehre vom personales Unrecht*, Festschrift für Welzel, 1974, págs. 402 y ss.) la tentativa supersticiosa es injusto, lo que impediría negar la punibilidad de la tentativa irreal en el ámbito de la antijuricidad. Sin embargo, sería posible negar la punibilidad en el momento de decidir acerca de la necesidad de pena, aunque se afirme para algunos supuestos de tentativa irreal (Vid. KAUFMANN, "Sobre el estado de la doctrina del injusto personal", *NPP*, 1975, pág. 169). Se inclina también por la no punición de determinadas formas de tentativa irreal, ZIELINSKI, *Disvalor de la acción y disvalor del resultado en el concepto del ilícito*, Trad. de M.A. Sancinetti, Buenos Aires, 1990, pág. 152. Sobre la cuestión Vid. también SOLA RECHE, ob. cit., pág. 182, además, FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., págs. 320-321, quien señala cómo, desde el propio ámbito de la teoría subjetiva, algunos partidarios de esta posición se definen para negar la punibilidad de la tentativa irreal alegando falta de dolo (Confr. SCHMIDTHAUSER, *Strafrecht*, PG, 2.ª Aufl., Mohr, Tübingen, 1975, pág. 550; JESCHECK, *Derecho penal*, cit., 4.ª ed., pág. 482).

70. Particularmente en supuestos de autor inidóneo (quien se considera funcionario sin serlo), RG 8, 198 (200) y en el empleo de medios supersticiosos (tentativa irreal).

71. Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 313. Lo que hizo posible que la teoría subjetiva se impusiera frente a la teoría objetiva fue precisamente el abandono progresivo de la concepción exclusivamente objetiva del injusto, la introducción del dolo en el tipo de injusto y la consideración de que tal injusto en la tentativa no podía comprenderse únicamente en base a factores objetivos. Ciertamente, ello no obligaba de forma necesaria a una fundamentación estrictamente subjetiva de la tentativa, pero hacía posible su defensa y debilitaba la posibilidad de la de una fundamentación exclusivamente objetiva (Cf. FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 316).

Revista Penal

Delito intentado e idoneidad en el derecho español

tentativa y las relativas a la idoneidad e inidoneidad de la misma; pero también lo es que únicamente mediante una apreciación objetiva se puede distinguir la tentativa idónea de la inidónea⁷².

JAKOBS pone en evidencia la categoría de tentativa inidónea al destacar su dependencia —en el seno de la teoría subjetiva— de la perspectiva desde la cual los hechos son valorados: *ex post* toda tentativa es inidónea, pero *ex ante* sucede lo contrario, toda tentativa resulta idónea⁷³. Aunque ello no obliga a que la relatividad de una concepción subjetiva de la tentativa se deje completamente a la interpretación del autor, pues su existencia no depende del propósito individual de quien lo realiza⁷⁴. Para la teoría subjetiva, en la tentativa no se necesita separar la delimitación ya que, para la constitución del injusto de la tentativa, sólo es determinante que el autor dé comienzo a la ejecución del tipo según su representación sin que importe que la conducta sea o no peligrosa.

Una fundamentación de carácter subjetivo no exige la puesta en peligro de bienes jurídicos, sino sólo la contradicción voluntaria a los mandatos del derecho⁷⁵. La conducta es relevante en cuanto supone la manifestación de una voluntad antijurídica; quien apunta con una pistola descargada y aprieta el gatillo evidencia su voluntad de matar.

A) Los artículos 22 y 23 del Código penal alemán

La entrada en vigor de las disposiciones del StGB de 1975 en Alemania supuso una clara asunción de la teoría subjetiva de la tentativa⁷⁶.

El § 22 del StGB dispone que “intenta un hecho punible quien, según su representación del hecho, inicia directamente (o inmediatamente) la realización del tipo”.

Tal definición incluía igualmente la tentativa inidónea y la tentativa irreal, a pesar de que existía, con anterioridad a la actual regulación, un amplio consenso en la doctrina —especialmente en relación a la última de las dos— sobre su exclusión del ámbito del derecho punitivo.

B) La tentativa irreal

Las conductas consideradas como de tentativa irreal son aquellas que no pueden considerarse peligrosas debido a la *burda* falta de comprensión del autor que la realiza. La doctrina alude indistintamente a tentativa irreal y a tentativa supersticiosa; sin embargo, en esta última el autor utiliza la superstición con el fin de lesionar el bien jurídico (por ejemplo: producir la muerte mediante conjuros o clavando alfileres en un muñeco). No obstante, existen conductas consideradas como tentativa irreal que no pueden incluirse en el concepto de tentativa supersticiosa (pretender el derribo de un avión con disparos de pistola). Así pues, el concepto de tentativa irreal es más amplio que el de tentativa supersticiosa, y comprende supuestos en los cuales el autor no utiliza medios supersticiosos. Aunque en ningún caso se pone en peligro el bien jurídico protegido⁷⁷. Se trataría pues de círculos concéntricos: el de mayor diámetro corresponde a la tentativa irreal.

La teoría subjetiva no ha conseguido demostrar el porqué de la impunidad de la tentativa irreal.

En lo relativo a la tentativa inidónea los §§ 22 y 23 StGB se manifiestan claramente a favor de la punición de la misma, ya que el § 23.3 regula los supuestos en que el autor, debido a una *burda* falta de comprensión, no sabía que —por la naturaleza del objeto sobre el que se dirigía o del medio con el que fue realizado— el hecho no podía de ningún modo producir la consumación; y concede al Tribunal la posibi-

A favor de la tesis subjetiva —con más o menos matizaciones— se manifestaron, entre otros, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª Aufl., cit., págs. 192 y ss.; BOCKELMANN, *Niederschriften*, II, cit., págs. 171 y ss.

72. SOLA RECHE, ob. cit., pág. 30.

73. JAKOBS, *Strafrecht, All. Teil*, 2.ª Aufl., W. de Gruyter, Berlin-New York, 1991, págs. 720-721, n. 36.

74. SOLA RECHE, ob. cit., pág. cit., quien añade “para quien la realiza”. WESSELS, ob. cit., pág. 175, dice que la doctrina subjetiva se extralimitó, no se refirió a la consideración objetiva, sino, tan sólo, al cuadro de representación.

75. Vid. WELZEL, *Derecho penal alemán, Parte general*, trad. de Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 11.ª ed., Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 1970, págs. 255-256.

76. SOLA RECHE, ob. cit., pág. 233; *idem*. FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., págs. 334 y 345. La definición del § 22 StGB y la delimitación del § 23 excluyen la posibilidad de fundamentar de lege lata la tentativa inidónea en la teoría objetiva, salvo en los supuestos de la “burda falta de comprensión”. STRATENWERTH, *Derecho penal*, cit., pág. 216, n. 692, pone de relieve la coincidencia doctrinal —prácticamente sin excepción— en que la tentativa cometida en base a una “crasa torpeza” debe ser, en todos los casos, impune y que, por tanto, el § 23.3 StGB debe ser interpretado en la praxis en el sentido de un perdón de la pena obligatorio.

77. Vid. FARRÉ TREPAT, *Consideraciones dogmáticas*, cit., pág. 261.

D o c t r i n a

lidad —tan sólo— de atenuar la pena o prescindir de ella (§ 49.2 StGB); lo cual supone, en general, la punición de la tentativa inidónea⁷⁸, produciendo además confusión entre tentativa irreal y tentativa inidónea o incluyendo también la tentativa irreal y supersticiosa. Por consiguiente, la inidoneidad objetiva no cumple ningún papel en el derecho alemán vigente, como no sea para la graduación de la pena —con independencia de que el juez pueda prescindir de la pena⁷⁹— en el caso del § 23.3 StGB. Y, en consecuencia, la regulación alemana admite la punición de acciones no peligrosas⁸⁰.

3. Inidoneidad y teorías mixtas

La teoría estrictamente subjetiva, según la cual no debe concederse relevancia a la objetividad de la acción peligrosa es totalmente minoritaria⁸¹. La posición actualmente dominante es la Teoría de la “impresión”, teoría individual objetiva que puede considerarse prácticamente como una teoría mixta^{82 83}.

La Teoría de la “impresión” o de la “conmoción social”:

Se trata de una tesis que, si bien fundamenta la punición de la tentativa en la voluntad del autor, limita su amplitud a través de criterios objetivos y considera la voluntad del autor en sus efectos sobre la comunidad.

Esta posición conduce a la impunidad de los supuestos del § 23.3 StGB, en los que falta, en la comunidad, la impresión de perturbación del ordenamiento jurídico⁸⁴.

El propio JESCHECK reconoce que la tentativa debe revelar un mínimo de peligrosidad y éste falta cuando el acto —por la naturaleza del objeto sobre el que recae o el medio con que se realiza— no puede “en modo alguno” llegar a la consumación y el autor lo ignoraba por incomprensión extrema (§ 23.3 StGB).

Mediante la delimitación objetiva se excluyen de la punibilidad casos en que no hubo una puesta en peligro ni concreta ni abstracta⁸⁵.

Para esta posición que, como otras consideradas mixtas —aunque de menor alcance doctrinal—, mezcla elementos subjetivos y objetivos, aunque partiendo de un punto de vista subjetivo —siguiendo las disposiciones de los §§ 22 y 23 StGB—, queda impune la tentativa irreal o supersticiosa como v.g. el intento de matar a una persona conjurando al diablo. Y, si bien se afirma que, en general, en estos casos faltaría el dolo⁸⁶ —aunque esto sea discutible—, el empleo de medios mágicos u otros medios similares no podía causar impresión o conmocionar a la comunidad⁸⁷. La crítica de este punto de vista puede ser realizada de igual forma sobre el propio fundamento de la punibilidad de la tentativa, en el

78. Vid. MAURACH-GÖSSEL, *Strafrecht*, Allg. Teil, II, 5.ª Aufl., 1978; FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 333.

79. Vid. KAUFMANN, *Sobre el estado de la doctrina*, cit., págs. 169-170. Para la tentativa “burdamente insensata”, dice JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y Teoría de la imputación*, Trad. de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Muriilo, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 894, el § 23.3 StGB abre la posibilidad de dejar de imponer la pena o atenuarla discrecionalmente; según este autor, el concepto de idoneidad objetiva sólo sigue teniendo trascendencia para la determinación de la pena en el caso límite de la citada tentativa “burdamente insensata” del § 23.3 StGB.

80. SOLA RECHE, ob. cit., pág. 236; FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 335; STRATENWERTH, *Derecho penal*, cit., pág. 214, señala que, para la teoría subjetiva, la punibilidad de la tentativa no dependerá, en principio, de si en el caso concreto es idónea o no, peligrosa o no.

81. Vid. KAUFMANN, *Zum Stand der Lehre vom personales Unrecht*, cit., pág. 393.

82. Vid. más específicamente, NÚÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., 2003.

83. Vid. SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform in Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, 2 Teil, Schull und Kriminalpolitik, GA, 1986, págs. 311-312; *idem*. VOGLER, “Vor § 22”, n.º 52, en *Leipziger Kommentar zur Stfgesetzbuch*, Baldus und Wilnus, 1989; ROXIN, *Tatentschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch*, JUS, 1979, págs. 13 y anteriores. Para WESSELS, *Derecho penal*, cit., pág. 175.

La teoría de la impresión, dominante en Alemania, es una teoría mixta que —tomando como punto de partida la representación del autor y lo inmediato de la agresión contra el objeto protegido— combina criterios objetivos y subjetivos.

84. Vid. JESCHECK, *Tratado*, cit., 4.ª ed., págs. 480-481. Mantiene además este punto de vista, entre otros, RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zur StGB*, 1993, Vor § 22; ROXIN, *Unterlassung*, cit., págs. 329 y ss.; ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, StGB, 1991, Vor § 22, págs. 338 y ss.

85. JESCHECK, *Tratado*, cit., 4.ª ed., pág. 481; en contra SOLA RECHE, ob. cit., pág. 236 quien considera que tal afirmación de Jescheck no ha encontrado fiel reflejo en la ley, supuestos de inexistencia del objeto pueden estar comprendidos en el radio del § 23 StGB y, por tanto, serían punibles. conforme a su redacción, la peligrosidad no es requisito constitutivo de la tentativa, ya que la referencia que impone el § 22 es la representación del hecho por parte del autor, lo que confirma el § 23 StGB.

86. WESSELS, *Derecho penal*, cit., pág. 175. Se ha afirmado que el autor de una tentativa supersticiosa no tiene “dolo”, sino sólo el deseo de realizar el resultado, no dominando el desarrollo del suceso. Vid. además FRANK, StGB, cit., III, § 43.

87. JESCHECK, *Tratado*, cit., 4.ª ed., págs. 482-483.

Revista Penal

Delito intentado e idoneidad en el derecho español

que incidir ahora quizá supere las expectativas de este trabajo⁸⁸.

Ya hemos señalado que los conceptos de peligro abstracto o bien de la impresión o conmoción de la comunidad o del ordenamiento jurídico son conceptos bastante ambiguos, confusos e inconcretos para establecer precisiones sobre las conductas de inidoneidad⁸⁹.

Pienso que para que la comunidad se conmueva y se sienta amenazada tendrá que suceder que las conductas pongan en peligro bienes jurídicos⁹⁰.

De toda esta delimitación restrictiva por parte de los partidarios de la teoría de la impresión —a la que se ha considerado una especie de combinación objetivo-subjetiva—, deviene que la tentativa irreal deba considerarse impune en el derecho alemán (§ 23.3 StGB), como lo era ya en el anterior⁹¹. La doctrina mayoritaria opta por la impunidad de la tentativa irreal, si bien todo dependerá de si la interpretación del citado § 23.3 StGB admite trazar límites razonables entre la tentativa irreal y la cometida por “crasa torpeza” o “burda incompreensión”. La afirmación de que el citado precepto excluye de su ámbito la tentativa irreal, sólo podría sostenerse limitando el concepto a la superstición. La duda surge respecto de la distinción entre la utilización de “fuerzas sobrenaturales” y el resto de formas de “craso desconocimiento” de fuerzas naturales. La doctrina coincide en que también la tentativa cometida en base a una “crasa torpeza” o “burda incompreensión” o insensatez, debe ser impune. Por consiguiente el § 23.3 StGB deberá —en la práctica— ser interpretado en el sentido de un “perdón de la pena” obligatorio⁹².

En todo caso, la nueva regulación conduce, según la interpretación de la doctrina dominante, a

una diferenciación entre tentativa “supersticiosa” o irreal y “burda falta de comprensión”, con lo cual no se explica claramente por qué ambas clases de supuestos deben recibir un tratamiento diferenciado: en el primer caso impunidad, en el segundo atenuación de la pena o impunidad facultativa⁹³. Lo que sí es cierto es que, conforme a la redacción del parágrafo 23 StGB, la peligrosidad no es requisito constitutivo de la tentativa, ya que la referencia que impone el § 22 StBG es la representación del hecho por parte del autor, si bien no puede considerarse como tentativa cualquier representación del autor cuya relevancia jurídica dependa de que su comportamiento persiga dolosamente la realización del tipo⁹⁴.

En realidad, si las conductas de tentativa irreal o supersticiosa dejan, según la teoría de la impresión, indiferente a la colectividad pues en ningún momento suponen ninguna actividad peligrosa, la razón de ser de la impunidad de aquéllas radicaría en esa falta de peligro que comportan⁹⁵.

4. La posición del Código penal de 1995

Durante la vigencia del Código penal de 1973 y prescindiendo de si la cuestión de la punibilidad de la tentativa inidónea venía establecida en el artículo 3 o era necesaria la referencia al artículo 52.2, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendió que este último artículo obligaba a integrar en el mismo los supuestos de tentativa inidónea o delito imposible y, por consiguiente, conductas no peligrosas *ex ante* eran punibles con arreglo al citado artículo. Con el nuevo Código penal parece necesario remitir a la definición de tentativa la incriminación o no de los su-

88. Una conducta no peligrosa, afirma SOLA RECHE, ob. cit., pág. 32, incapaz de producir el resultado, puede también socavar el sentimiento de confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico y la teoría no ofrece tampoco un criterio delimitativo entre tentativa idónea e inidónea, ni en base a tal distinción se condiciona la punibilidad. Para JAKOBS, *Derecho penal*, cit., pág. 863, n.º 6 b., la sede del problema de la tentativa no es la conmoción “psicológico-social” de generalidad alguna, sino la legitimidad de la intervención anterior a la realización del tipo.

89. Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 332, y SOLA RECHE, ob. cit., págs. 106-107, quien hace hincapié en lo confuso de términos como “impresión social” o “conmoción del ordenamiento jurídico”.

90. Cf. FARRÉ TREPAT, *Consideraciones dogmáticas*, cit., pág. 268.

91. Vid. JESCHECK, *Tratado*, PG, II, cit., 3.ª ed., pág. 703; STRATENWERTH, *Derecho penal*, cit., pág. 215, n. 688 considera que lo decisivo radica en que la tentativa evidentemente inidónea no aparece como una lesión digna de tomarse en serio por la norma jurídico penal. En estos casos, una sanción carecería de sentido.

Sólo KAUFMANN, *Zum Stand der Lehre vom personales Unrecht*, Festschrift für Welzel, 1974, pág. 403 y ZIELINSKI, *Handlungs und Erfolgsunwert und Unrechtsbegriff*, pág. 134, n. 14, defienden en la doctrina alemana la subsunción de la tentativa supersticiosa en el § 23.3 StGB. Sin embargo, la mayoría de la doctrina excluye la tentativa irreal del concepto mismo de tentativa (Vid. ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, 1991, § 23, n.13; GÖSSEL, *Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem Strafrechtsreformgesetz*, GA, 1971, págs. 227 y ss.).

92. STRATENWERTH, *Derecho penal*, cit., pág. 216, n. 692; ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, 1991, § 23 pág. 360 propone, al menos, la atenuación obligatoria para los supuestos del § 23.3 y ROXIN, *Einführung*, cit., pág. 21, la impunidad).

93. FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., págs. 343-344.

94. SOLA RECHE, ob. cit., pág. 236.

95. FARRÉ TREPAT, *Consideraciones*, cit., págs. 268-269.

D o c t r i n a

puestos calificados como de tentativa inidónea. El problema radica en sí, dada la desaparición del artículo 52.2 del Código penal anterior (T.R. de 1973), las conductas inidóneas deben quedar impunes.

A) El artículo 16.1 del Código penal español

Si en la redacción definitiva del Código penal de 1995 se exige el carácter ejecutivo y peligroso de los actos constitutivos de tentativa y, durante la vigencia del antiguo 52.2 eran punibles las conductas consideradas no peligrosas *ex ante*⁹⁶, la sorpresa del citado artículo supone que las conductas no peligrosas *ex ante* deberán considerarse impunes⁹⁷. Por lo tanto es difícilmente mantenible la fundamentación esencialmente subjetiva que había venido manteniendo la jurisprudencia.

Por otro lado, a la desaparición de la expresa incriminación de los supuestos de imposibilidad de ejecución o producción del delito debe añadirse la modificación del concepto de tentativa en el nuevo Código penal, al requerir éste (artículo 16.1) la exigencia para dicho concepto de actos que objetivamente deberían producir el resultado. Por consiguiente, con tal definición, la punición de la tentativa no peligrosa quedará excluida. Y, si bien, la doctrina y la jurisprudencia parecían estar de acuerdo en la impunidad de la llamada tentativa irreal, junto con conductas consideradas como inidoneidad o imposibilidad absoluta, ello dificulta la distinción entre ambas⁹⁸.

Así pues, de la definición del artículo 16.1 se deduce que para la punibilidad de la tentativa debe constatarse la peligrosidad excluyente de las conductas *ex ante* no peligrosas⁹⁹.

B) La delimitación de las conductas punibles e impunes en la tentativa inidónea

Frente a la orientación subjetiva del legislador alemán, no me parece que el artículo 16.1 de nuestro Código penal actual se haya definido abiertamente como sucedía en el anterior Código (artículo 52.2) a favor de la punición de la tentativa inidónea. Más bien parece lo contrario. El problema estará en delimitar las conductas que pueden y deben considerarse idóneas. Entiendo, con un sector de la doctrina actual que el legislador, al suprimir el artículo 52.2 del Código penal anterior y definir la tentativa en el actual 16.1, mantiene una posición predominantemente objetiva¹⁰⁰; habida cuenta de que la finalidad prioritaria del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos y por consiguiente sólo pueden ser prohibidas aquellas conductas que crean una situación objetiva de peligro para un bien jurídico protegido.

Se ha afirmado, sin embargo, que si el legislador se decide —como parece evidenciarse— por una solución fundamentalmente objetiva no bastaría entonces con que prescindiese de toda referencia a los supuestos de tentativa inidónea, sino que debería delimitar aquellos que habrían de considerarse punibles¹⁰¹, al modo —por ejemplo— del Código penal italiano que excluye la punibilidad “cuando por la inidoneidad de la acción o la inexistencia del objeto de la misma, el evento dañoso o peligroso es imposible”¹⁰². Sin embargo, aunque sea discutible que determinados actos —por ejemplo: suministro de cantidad insuficiente de veneno o disparo desviado— carezcan de peligro, los autores que consideran que, en estos supuestos, falta la peligrosidad, no abogan por su total impunidad, sino que proponen la aplicación de una medida de seguridad¹⁰³, o la creación de un tipo

96. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 30-1-1992, calificando de tentativa inidónea y aplicando el artículo 52.2 del Código penal anterior, frente a la Sentencia de la Audiencia que calificaba el hecho de homicidio frustrado en el supuesto de dos puñaladas con navaja de seis centímetros de hoja, considerando que tal agresión no ocasionaría la muerte del sujeto pasivo.

97. SOLA RECHE, ob. cit., pág. 229.

98. FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 374.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14-5-1990 ya consideraba que para que sea punible la tentativa debe concurrir una cierta peligrosidad desde la perspectiva *ex ante*, reconocible por el observador objetivo; y la Sentencia del Tribunal Supremo 11-10-1983 excluía de la frustración a la tentativa irreal por faltar la materia sobre la que recae la infracción penal.

99. Vid. SOLA RECHE, ob. cit., pág. 232; *idem*. CERESO MIR, *Derecho penal (Lecciones)*, cit., pág. 128; quienes requieren, de acuerdo con el artículo 16.1 del nuevo Código penal —dada la supresión del antiguo artículo 52.2 del Código penal anterior—, la peligrosidad constatable *ex ante* y sin que haya de producirse un resultado de peligro. Por ello, ya no se puede mantener, tras la supresión del citado artículo 52.2, la interpretación que respecto a ese artículo hace FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 387, de que aquél comprendía supuestos de tentativa inidónea.

100. CERESO MIR, *Derecho penal (Lecciones)*, cit., pág. 129.

101. FARRÉ TREPAT, *Consideraciones dogmáticas*, cit., pág. 270.

102. Como indica MANTOVANI, *Derecho penal*, cit., pág. 436, dos son las hipótesis de delito imposible, según el artículo 49.2 del Código penal italiano: 1) por la inidoneidad de la acción y 2) por la inexistencia de objeto material.

103. Así, NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., pág. 171.

Revista Penal

Delito intentado e idoneidad en el derecho español

penal autónomo¹⁰⁴. No obstante, hay que señalar que la propuesta de aplicación de medidas de seguridad parece chocar con el criterio actualmente dominante de no aceptación de tales medidas cuando tienen carácter predelictual, por estimarlas contrarias al principio de legalidad¹⁰⁵. Por otra parte, la creación de tipos especiales independientes que sancionan tales supuestos se estima imprecisa e indeterminada en torno al concepto de seguridad ciudadana que se pretende proteger. Ya que ese concepto no puede separarse del de peligro para los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal¹⁰⁶.

De otro lado, como ya hemos afirmado con anterioridad, la distancia entre imposibilidad absoluta y relativa —que recogen algunas Sentencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o v.g. el artículo 17 del Código penal brasileño y el § 23 del Código penal suizo—¹⁰⁷ no está exenta de dificultades y su relevancia (al menos con los ejem-

plos que suelen ofrecerse en abstracto) responden a un criterio anticuado entre las concepciones objetivistas de la antijuricidad de la tentativa¹⁰⁸, aparte de dificultar cualquier distinción entre tentativa absolutamente inidónea y tentativa irreal¹⁰⁹.

C) El juicio de peligro. Consideraciones político-criminales y de *lege ferenda*

Las dificultades que ofrecen algunas de las conductas objetivas expuestas no suponen tener que acudir necesariamente, y menos de *lege data*, a una fundamentación subjetiva de la tentativa en general y de la tentativa inidónea en particular. El fundamento de la punición de la tentativa se encuentra en la realización voluntaria de la conducta del autor, que pone en peligro bienes jurídicamente protegidos. Para la constatación de la pe-

104. BUSTOS RAMÍREZ, "Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema", *Libro-Homenaje al Prof. Pérez Victoria*, I, Bosch, Barcelona, 1983, págs. 90-101, quien considera que el hecho constitutivo del delito imposible afecta al bien jurídico *seguridad ciudadana*.

105. MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., págs. 514-515, y Sentencia del Tribunal Constitucional de 27-11-1985.

106. Vid. BACIGALUPO, *Sobre la tentativa inidónea en el derecho vigente y en el Proyecto de Código penal*, La Ley, 1981, pág. 971.

107. El artículo 17 del Código penal brasileño establece que "no será castigada la tentativa cuando por la ineficacia absoluta del medio o por absoluta impropiedad del objeto, el delito sea de imposible consumación".

También el art. 23 del Código penal suizo establece que el juez podrá atenuar a su arbitrio la pena (§ 66) a quien haya intentado cometer un crimen o un delito empleando un medio, o contra un objeto, de tal naturaleza que la perpetración de éste fuese absolutamente imposible, incluso podrá eximir de toda pena al autor si éste ha obrado por defecto de comprensión.

Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 8-5-1976 (A. 2. 881) y de 14-5-1977 (A. 2. 284), medicamento abortivo. El Tribunal Supremo solía considerar a tenor del derogado artículo 52.2 los supuestos de tentativa absolutamente inidónea relegando a la frustración los restantes (Vid. STS de 5-11-1977).

108. Vid. SUÁREZ MONTES, *El delito imposible de aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en ADPCP, 1966, pág. 228, quien estima además que tal criterio que operaba con un enjuiciamiento *ex post* fue abandonado y reemplazado por un enjuiciamiento *ex ante*.

Vid. además, aunque desde distinto planteamiento, NÚÑEZ BARBERO, ob. cit., pág. 87, para quien no puede distinguirse entre imposibilidad absoluta y relativa, ya que la idoneidad es un concepto relativo, pues un medio de por sí, en abstracto, no puede ser llamado idóneo o inidóneo, esta característica devendría del modo en virtud del cual ha sido utilizado. Así pues, sólo podrá hablarse de acciones idóneas o inidóneas para conseguir un determinado resultado y que han de examinarse en el conjunto de las circunstancias en las cuales la acción se exterioriza. Vid., en el mismo sentido, en este punto, FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pág. 362.

Ya hemos aludido a que el artículo 49.2 del Código penal italiano ha sustituido el término "medio" por el de "acto", al excluir la punibilidad en caso de inidoneidad de la acción o inexistencia del objeto; aludiendo el artículo 56 al cumplimiento de *actos* idóneos dirigidos de modo inequívoco a la comisión de un delito, para definir la tentativa (Vid. MANTOVANI, *Derecho penal*, Cedam, Padova, 3.ª ed., 1992, pág. 444 quien afirma que el juicio de idoneidad de los actos es un juicio en concreto, debiendo tales actos ser considerados en el contexto de la situación en la cual se desenvuelven).

109. Vid. SOLA RECHE, ob. cit., págs. 19-20, quien manifiesta el desacuerdo acerca de cuándo la imposibilidad es absoluta o relativa, ya que se introdujo en la jurisprudencia un alto grado de inseguridad, v.g., disparar con una pistola descargada, o sobre alguien que llevase un chaleco antibalas, era considerado, en algunas ocasiones, como tentativa absolutamente inidónea y en otras como relativamente inidónea, retornándose en la práctica a un planteamiento casuístico. Pensemos, por ejemplo, en el suministro de azúcar a quien se pretende envenenar —conociendo su diabetes—, si bien es cierta la dificultad de practicar satisfactoriamente —como afirma Sola Reche— la separación entre tentativa idónea e inidónea, hoy ya no se puede justificar tal dificultad, al menos con la introducción del artículo 52.2 en el Código penal anterior, que, por otra parte, se mantiene aún y recientemente, sin embargo, por acreditados penalistas, si se entiende la distinción de inidoneidad (imposibilidad absoluta) e idoneidad (imposibilidad relativa): Vid. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, cit., pág. 119; ídem. BUSTOS-HORMAZÁBAL, *Derecho penal, Parte general*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 274-275, quienes aseguran que tras la eliminación del artículo 52.2 del Código penal anterior y la vigencias del artículo 16.1 de nuestro actual Código, podría entenderse que no sólo las tentativas absolutamente inidóneas, sino "las relativamente inidóneas son ahora impunes".

D o c t r i n a

ligrosidad de la conducta debe verificarse en un momento anterior a su realización, esto es *ex ante*, y no con posterioridad (*ex post*). Por tanto, en el juicio de peligrosidad el juez tendrá en cuenta los conocimientos que posee el autor del hecho, aunque sean especiales, y los de un observador objetivo que posea —además de los del autor— los que haya podido adquirir en el momento de la realización del hecho¹¹⁰.

En consecuencia, el juez debe remitirse al momento en el cual la acción ejecutiva ha sido iniciada y emitir el juicio teniendo en cuenta todas las condiciones y circunstancias que, en dicho momento, podían ser conocidas por un observador objetivo situado en la posición del autor o eran conocidas por éste. En definitiva, en esta línea iría el sentido de la “*nachträgliche Prognose*”. Si, sobre esta base, la conducta se considera adecuada a la consumación pretendida, el juez la considerará idónea —es decir, peligrosa—; de no ser así, la conducta resultará inidónea —esto es, inadecuada para la consumación— y, por tanto, su falta de peligrosidad supondría la impunidad¹¹¹.

Para que el delito sea parcialmente cometido, en el artículo 16 del Código penal de 1995 se exige que la acción pueda ser objetivamente realizada, por consiguiente, el juicio de peligro debe tener un valor objetivo. El peligro viene dado por la probabilidad “rayana en la certeza” de la producción del resultado delictivo¹¹². Si se da una circunstancia que impida a aquél —v.g. disparar con arma descargada; o contra alguien que se supone en ese lugar pero que no se encuentra allí realmente—, siempre que estas circunstancias fuesen cognoscibles *ex ante*, la tentativa sería inidónea porque en ambos casos no existe peligro alguno para el bien jurídico protegido. Distinto sería el caso en que el juicio fuese emitido en la ignorancia de estas circunstancias porque éstas fuesen solamente cognoscibles con posterioridad, lo que respondería a una conciencia *ex post*, a través del hecho. El juicio afirmativo sobre la peligrosidad sería objetivamente válido porque tales circunstancias no se habrían revelado *ex ante* sino a través de la falta de producción del resultado¹¹³. La inidoneidad del medio o del objeto, o incluso su falta —aunque es-

110. Vid. FARRÉ TREPAT, *Consideraciones*, cit., pág. 274; *idem*, *La tentativa*, cit., págs. 393 y ss. No creo, sin embargo, como afirma esta autora, que la tentativa inidónea venga a coincidir siempre con la tentativa irreal (pág. 395), en todo caso, se trataría de que la primera se correspondiera en un círculo más amplio, pero, de todos modos, en esta última se plantearía el problema en el ámbito de la antijuricidad, ya que faltaría ésta, mientras que en la primera se trataría de un problema de no punibilidad, fundamentalmente, en cuanto no existe —una vez realizado el juicio *ex ante*— peligro para el bien jurídico protegido, mas en ambos casos falta la peligrosidad objetiva que caracteriza según el artículo 16.1 del Código penal a la tentativa punible.

SOLA RECHE, ob. cit., distingue entre la tentativa imposible donde la representación del autor es sólo errónea en cuanto al conocimiento ontológico (de los hechos): supone erróneamente la concurrencia de circunstancias de hecho pertenecientes al tipo de injusto, pero es objetivamente exacta en cuanto al conocimiento nomológico (de la experiencia) (Cf. además, GRACIA MARTÍN, *Política criminal y dogmática jurídica penal del proceso de reforma penal en España*, AP, 1994, págs. 353-354). En la tentativa “inidónea real” el autor se basa en leyes causales válidas ya que, desacertada su representación de tales leyes, conseguiría el resultado (v.g. se dispara contra quien se cree vivo cuando en realidad es un cadáver; se suministra una sustancia inocua cuando el autor cree que es arsénico), mientras que en la tentativa “inidónea irreal” se atribuye potencialidad lesiva a comportamientos que carecen en absoluto de ella: matar con rezos, envenenar con azúcar, etc. En ambas falta el peligro, pero su origen es distinto, en la tentativa irreal el plan delictivo del autor pierde todo contacto con la realidad. Faltaría —como indica CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal, Parte general*, cit., 4.ª ed., pág. 394, n. 13— el desvalor de la acción. Cfr. además SOLA RECHE, ob. cit., págs. 204-205, quien significa que, si bien en la tentativa no peligrosa *ex ante*, el autor pierde también el contacto con la realidad, el dolo no desaparece.

111. Vid. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal*, II, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 108; MIR PUIG, *Notas al tratado de Derecho penal de Jescheck*, cit., II, pág. 733. Para SOLA RECHE, ob. cit., págs. 82 y 83 la capacidad de lesionar bienes jurídicos se enjuicia con base en las circunstancias cognoscibles por un observador objetivo más las conocidas por el autor (saber ontológico) atendiendo a la experiencia común sobre los cursos causales para que de ellas derive el resultado (saber nomológico).

112. Consideran que el peligro supone la probabilidad de producción de la lesión de un bien jurídico, entre otros autores: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VII, cit., pág. 472; BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, pág. 492; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal, Parte general*, Civitas, Madrid, 1977, págs. 279 y 338; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, II, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1985, pág. 296; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, Parte general*, cit., págs. 427-428.

Sin embargo, CEREZO MIR, *Curso...*, cit., II, pág. 108, estima que si, en el juicio *ex ante*, el resultado no aparece como absolutamente improbable, la acción será peligrosa y, si bien no basta con que el resultado fuera objetivamente previsible, tampoco es necesario que la producción del mismo aparezca como probable.

Para FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit. pág. 397, resulta, sin embargo, difícil precisar el grado de probabilidad en la producción del resultado y considera como tal el necesario para la imputación objetiva del mismo.

113. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., págs. 108, 124 y 159-160, después de manifestar que el juicio de idoneidad debe ser realizado *ex ante*, es decir, sobre la base de la “prognosis posterior” y el peligro concreto, estima, sin embargo, introduciendo el criterio formal, que cuando faltan los elementos descritos por la ley: sujeto, objeto o medio, la tentativa es inidónea por no peligrosa siendo, si acaso, aplicable una medida de seguridad si el autor demostró su peligrosidad.

Revista Penal

Delito intentado e idoneidad en el derecho español

te último punto es discutido¹¹⁴— no suponen, sin más, que la conducta sea inidónea o no peligrosa si las conductas realizadas con tales medios o sobre tal objeto o su falta sólo son verificables *ex post*. Consecuentemente, si el autor o el observador objetivo se sitúa en un momento anterior (*ex ante*), y se prescinde de los conocimientos *ex post*, el ciudadano medio no dudaría en calificar las referidas acciones de peligrosas¹¹⁵. Se ha afirmado que, de este modo, se ampliaría la punición excesivamente —y, en este punto, las críticas quizás den en el blanco—.

Y aunque, en principio, suscribo la opinión que propone —*de lege ferenda*— limitar la punición del delito imperfecto a los delitos más graves, sancionando así los menos graves sólo cuando el delito se hubiera consumado¹¹⁶, pienso que tal solución tampoco llega a satisfacer plenamente. Siendo tal vez preferible, como algún acreditado

sector doctrinal ha propugnado, delimitar los supuestos que podrían considerarse impunes más claramente, y especialmente las situaciones no peligrosas en aquellas hipótesis coincidentes con acciones constitutivas de tentativa irreal o supersticiosa, ya que tales supuestos deben ser indiscutiblemente impunes por falta de antijuricidad pues, teniendo en cuenta su total ineficacia, ni siquiera ponen de forma abstracta en peligro la paz jurídica¹¹⁷; actuando así al modo del Proyecto alternativo alemán de 1962 (*Alternativ Entwurf* 1962) que declaraba impunes estas conductas cuando se fundamentaban en la burda insensatez del autor. Y que, desde un principio, puedan considerarse no peligrosas por el ciudadano medio en el momento de su realización¹¹⁸, lo que no supone sin embargo, a *sensu contrario*, la punición de los supuestos de tentativa inidónea considerada —*ex ante*— no peligrosa.

También OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, cit., pág. 365 estiman que el juicio *ex ante* lleva a la impunidad por falta de peligrosidad de la tentativa absolutamente inidónea (v.g. disparo sobre un cadáver), pero en el juicio *ex ante* deben tenerse en cuenta los conocimientos en el momento de realización de la conducta, no los adquiridos con posterioridad, ya que —como indica STRATENWERTH, *Derecho penal*, cit., págs. 213 y 684— la determinación de la peligrosidad de la tentativa en el caso concreto se lleva a cabo mediante una prognosis posterior, de acuerdo con un juicio técnico emitido según la situación en el momento del hecho, mientras que resultaría impune si esta conclusión está excluida.

MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., págs. 346-347, parte también del juicio de *idoneidad ex ante* pero considera que debe tratarse de un peligro abstracto no de un peligro concreto, que concurre en la tentativa idónea, es decir, no es necesario que un bien jurídico haya resultado estar en peligro.

114. Vid. MIR PUIG, *Función de la pena*, cit., pág. 70, n. 93 y GÓMEZ BENÍTEZ, *Derecho penal, Parte general, Teoría Jurídica del delito*, cit., pág. 270.

115. Quizás por ello, se ha entendido que esta postura lleva a una subjetivización de la idea de peligro. Vg.. SPENDEL, *Zur Nebergründung der objektiven Versuchstheorie*, Festschrift für Stock, 1966, págs. 104 y ss. Vid., sin embargo, FARRÉ TREPAT, *Consideraciones dogmáticas*, cit., págs. 276-277.

116. FARRÉ TREPAT, *Consideraciones dogmáticas*, cit., pág. 277.

117. JESCHECK, *Tratado*, cit., 4.ª ed., pág. 482, quien aduce además la falta, en general, de dolo. STRATENWERTH, *Derecho penal*, cit., pág. 216, considera que la tentativa irreal (crasa torpeza) debe ser en todo caso impune. Sin embargo, para KAUFMANN, *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal*, cit., pág. 169, la tentativa irreal es injusta y su impunidad sólo podrá establecerse hasta el momento de decidir sobre la necesidad de pena.

118. FARRÉ TREPAT, *Consideraciones dogmáticas*, cit., pág. 279.

Creo, sin embargo, que es posible distinguir entre tentativa *ex ante* inidónea y tentativa irreal aunque, en determinados supuestos, una puede comprender a la otra (Vid. SOLA RECHE, ob. cit., pág. 174, n. 233).